

FAMILIA Y DERECHO



La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre

Análisis doctrinal y Jurisprudencial

M.^a Ángeles Rueda Martín
*Profesora titular de Derecho Penal
en la Universidad de Zaragoza*

PRÓLOGO DE:
Miguel Ángel Boldova Pasamar
Catedrático de Derecho Penal



COLECCIÓN FAMILIA Y DERECHO

TÍTULOS PUBLICADOS

Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización, *Esther Gómez Campelo* (2008).

La reserva vidual, *Araceli Donado Vara* (2009).

La Ley 54/2007 de adopción internacional: un texto para el debate (acercamiento crítico a alguna de sus propuestas), *Esther Gómez Campelo* (2009).

La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial, *M.^a Ángeles Rueda Martín* (2012).

COLECCIÓN FAMILIA Y DERECHO

Directora: M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN
Catedrática de Derecho Civil

**LA VIOLENCIA SOBRE
LA MUJER EN SU RELACIÓN
DE PAREJA CON UN HOMBRE**
ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

M.^a Ángeles Rueda Martín
*Profesora titular de Derecho Penal
en la Universidad de Zaragoza*

Prólogo de
Miguel Ángel Boldova Pasamar
Catedrático de Derecho Penal



Madrid, 2012

© Editorial Reus, S. A.
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2012)
ISBN: 978-84-290-1699-4
Depósito Legal: M 37044-2012
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

Para mis sobrinas Carla y Clara

NOTA DE LA AUTORA

Este trabajo desarrolla uno de los objetivos de estudio planteados, por un lado, en el proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado “*Globalización y Derecho penal*” (DER 2009-13111), y dirigido por el Dr. D. *Luis Gracia Martín*. Por otro lado, esta obra aborda uno de los objetivos de investigación del *Grupo de Estudios Penales* de la Universidad de Zaragoza financiados por el Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón y el Fondo Social Europeo. El *Grupo de Estudios Penales* se ha reconocido como grupo de investigación consolidado por la Dirección General de Investigación, Innovación y Desarrollo del Gobierno de Aragón (B.O.A. de 9 de mayo de 2011), y del que el Dr. *Miguel Ángel Boldova Pasamar* es el investigador principal.

También aprovecho estas líneas para agradecer a mi querido amigo y compañero, el Dr. *Miguel Ángel Boldova Pasamar* la lectura atenta de este trabajo y, en particular, sus valiosas consideraciones. Asimismo quisiera reconocer de un modo destacado a la Dra. *M^a Ángeles Parra Lucán* su amable interés y atención para que el libro pudiera publicarse en la Colección Familia y Derecho de la Editorial Reus.

ABREVIATURAS

A	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, citado por año y número marginal.
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, citado por año y página.
art.	artículo.
arts.	artículos.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín oficial del Estado.
Coord.	Coordinador.
CP	Código penal.
Dir.	Director.
Ed.	Editorial.
ed.	Edición.
LO	Ley orgánica.
LO 14/1999	LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO 11/2003	LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
LO 1/2004	LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género
LVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral con la Violencia de Género
Nº.	Número.
Núm.	Número.
Ob. cit.	Obra citada.
p., pp.	página, páginas.
PG	Parte General.
PE	Parte Especial.

RDPCr.	Revista de Derecho penal y Criminología. (Universidad Nacional de Educación a Distancia)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SsTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
TS	Tribunal Supremo.
Vol.	volumen.

PRÓLOGO

Pocas veces como en esta ocasión tendré la oportunidad de prologar un trabajo con el que no pueda estar más de acuerdo, tanto con sus postulados de partida como con el desarrollo de los mismos. La razón de ello estriba en que esta obra de mi querida amiga y compañera, *María Ángeles Rueda Martín*, constituye la confirmación y actualización de las tesis que ambos formulamos en torno a los fundamentos materiales que explican la existencia —como figuras delictivas independientes— de los delitos de violencia doméstica, por un lado, y de violencia de género, por otro.

En trabajos anteriores formulamos la tesis de que los delitos de violencia doméstica del Código penal no basan su mayor gravedad de lo injusto en la infracción de deberes jurídicos especiales que vinculan entre sí a los familiares, puesto que las figuras delictivas trascienden el ámbito meramente familiar, sino en que el autor realiza el comportamiento típico (maltrato, lesiones, coacciones o amenazas) abusando de una especial relación o posición de dominio respecto de la víctima. Por su parte, en los delitos de violencia de género, de acuerdo a la formulación legal española, esto es, en las violencias realizadas por un hombre contra su pareja o ex-pareja femenina, junto al abuso de la posición de dominio o de poder sobre la víctima, debe concurrir un motivo discriminatorio en razón del sexo femenino de la sujeto pasivo, dado que constituye el elemento que fundamenta una mayor reprochabilidad del comportamiento del varón. Con dicha formulación se pretendía realizar una determinada lectura constitucional de las referidas figuras delictivas.

El trabajo de la Prof.^a *Rueda* ha consistido en refutar las críticas dirigidas a nuestras tesis y en reafirmar su vigencia desarrollando nuevos argumentos tras varios años en los que las posturas doctrinales habían quedado claramente definidas, pero no así tanto la posición de la jurisprudencia, que estuvo a la espera de la toma de postura por parte del Tribunal Constitucional respecto de varias cuestiones de inconstitucionalidad, y cuya evolución un tanto errática precisaba de una exposición y de un

análisis crítico como el que realiza mi dilecta compañera en esta obra. Es evidente que el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de los delitos de violencia de género, rechazando la interpretación que se atiene a la pura literalidad de su texto para justificar la mayor penalidad de las agresiones sexistas, pero dejó abiertas otras interpretaciones de los tipos de violencia de género conforme a la Constitución con tal de que los singulares delitos de género aparezcan como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Es decir, no se formuló una sentencia interpretativa en sentido estricto y ello ha supuesto que la jurisprudencia ordinaria pueda y deba entrar a valorar si los hechos violentos realizados por un hombre contra su pareja o ex-pareja femenina aparecen con ese marcado carácter machista. Precisamente a tal efecto, la autora del trabajo ofrece pautas y criterios que son útiles para la demostración de la naturaleza machista de las agresiones en el caso concreto. En definitiva se pone de manifiesto que la jurisprudencia no se limita a aplicar de forma automática los tipos de la violencia de género, de forma que en aquellos supuestos en los que no se han aplicado dichas figuras la razón estribaba básicamente en la inexistencia de una agresión machista o de género en el sentido de la LO 1/2004.

Zaragoza, a 10 de abril de 2012

Miguel Ángel Boldova Pasamar
Catedrático de Derecho penal

I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de las diversas reformas operadas en el ámbito de la denominada tradicionalmente violencia doméstica¹ se ha encontrado en la gran alarma social causada por esta clase de violencia, cualquiera que sea su manifestación. La violencia de género (prescindiendo ahora de la corrección o no de esta expresión²) o la violencia sobre menores o sobre ascendientes ha orientado la política criminal en nuestro país hacia un proceso caracterizado por la ampliación o agravación, según los casos, de los comportamientos punibles y por la expansión, fundamentalmente aunque no sólo, de la pena de prisión y de las penas de alejamiento como reacción penal. Si nos centramos en esta política criminal en torno a esta clase de violencia, podemos constatar que en España se ha producido en los últimos años una avalancha de reformas cuyo fin ha sido tanto el castigo como la prevención de este tipo de comportamientos³. Ejemplos paradigmáticos de tal fin lo constituyen la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la LO 11/2003, de 29 de

¹ Desde un punto de vista terminológico, conviene aclarar que se utiliza tradicionalmente la denominación “violencia doméstica” referida al conjunto de comportamientos relacionados con los grupos de sujetos activos y pasivos recogidos en el artículo 173.2 del Código penal, si bien es cierto que dicha denominación no abarca propiamente todos los grupos contemplados en el precepto indicado, algunos de los cuales exceden el ámbito de lo doméstico. Véanse al respecto, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español», p. 13, nota 4.

² Sobre el carácter inadecuado del término “violencia de género”, véanse, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género», p. 19 y nota 16.

³ Véase CALVO GARCÍA, «Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», pp. 31 y ss.

septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁴. Como rasgos generales de estas reformas se pueden destacar los siguientes:

1) Por una parte, se han introducido nuevos delitos que antes eran constitutivos de faltas (art. 153 del Código penal: lesiones leves y malos tratos ocasionales; art. 171.4, 5 y 6 del Código penal: amenazas leves con o sin armas u otros instrumentos peligrosos; art. 172.2 del Código penal: coacciones leves)⁵.

⁴En un ámbito exclusivamente procesal penal destacan las modificaciones efectuadas por la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional; la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica; la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial; y la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En esta última ley procesal se prevé la especialización de los juzgados y tribunales con competencia exclusiva en violencia sobre la mujer a través de la formación obligatoria.

⁵El art. 153 del Código penal fue modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que establecía tras esta reforma que *«El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza»*. Posteriormente, tras la LO 1/2004, de 28 de diciembre en el artículo 153 se dispone que *«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpearé o maltrataré de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o*

incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. 3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».

Los apartados 4, 5 y 6 del art. 171 del Código penal fueron añadidos por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en los que se establece que «4. *El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. 5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».*

Finalmente se añade un apartado 2 al art. 172 del Código penal por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de modo que su texto actualmente en vigor dispone que «2. *El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será*

2) Además se han incorporado en determinados delitos (en concreto en las lesiones cualificadas del art. 148 en relación con las del tipo básico del art. 147 del Código penal) unas nuevas agravantes específicas (la alevosía, la condición de esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia y la especial vulnerabilidad de la víctima que conviva con el autor)⁶.

3) También se ha ampliado el tipo de alguno de los delitos relacionados con esta materia ya existentes (art. 173.2 y 3 del Código penal: violencia doméstica habitual)⁷.

castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».

⁶ El art. 148 del Código penal ha sido modificado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre que dispone que «Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1) Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2) Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3) Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz. 4) Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5) Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

⁷ El contenido actual del art. 173.2 y 3 del Código penal, tras la reforma de LO 11/2003, de 29 de septiembre, establece lo siguiente: «2. *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco*

4) Asimismo se han endurecido de una manera considerable las penas⁸ y las medidas de seguridad (introduciendo algunas nuevas y ampliando otras de las ya existentes)⁹.

5) Finalmente, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ha potenciado el tratamiento de los agresores de violencia de género, esto es, de los agresores hombres a sus parejas mujeres, en primer lugar, en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (art. 83.1, segundo párrafo del Código penal), en la sustitución de la pena privativa de libertad (art. 88.1, último párrafo del Código penal)¹⁰ y en la ejecución de la pena de prisión (art. 42 de la LO

años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

⁸De forma que, por ejemplo, un solo acto de maltrato doméstico ocasional, sin causar lesión, está castigado en el art. 153.2 del Código penal con una pena privativa de libertad de tres meses a un año o con trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, además de su imposición conjunta con otras penas privativas de derechos (a la tenencia y porte de armas y, en su caso, al ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento). Por otra parte, es indicativo de este endurecimiento de las penas el art. 468 del Código penal, reformado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, que dispone que *«se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2».*

⁹Véase el análisis realizado en BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español», pp. 11-57. Sobre el régimen concreto de las consecuencias jurídico penales tras la reforma operada por la LO 1/2004, véase mi trabajo «Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género», pp. 283 y ss.

¹⁰El último párrafo del apartado 1 del artículo 88 del Código penal también se ha modificado recientemente conforme al texto de la LO 5/2010, de 22 de junio. Antes de la

1/2004). Parece que el legislador se ha hecho eco de las modernas tendencias que han surgido tanto desde posicionamientos doctrinales como desde los tribunales, que valoran positivamente como respuesta penal, y no sólo limitada al ámbito de la ejecución de la pena de prisión, el establecimiento de programas o tratamientos rehabilitadores para los agresores —hombres— de esta clase de violencia. Esta es una cuestión que ha generado una discusión muy notable en torno a la necesidad de la intervención del Derecho penal, si bien es necesario poner de manifiesto que ya se suscitó en la Criminología. En este concreto ámbito se están produciendo desarrollos teóricos y prácticos, sobre todo en el mundo anglosajón, que apuntan a la reafirmación del “ideal rehabilitador” a través del establecimiento de programas o tratamientos orientados a la rehabilitación de los condenados¹¹.

Las reformas reseñadas han planteado algunas cuestiones que han generado una notable controversia. En primer lugar, cabe preguntarse qué razones de carácter político criminal se han esgrimido para justificar un proceso caracterizado por la ampliación o agravación, según los casos, de los comportamientos punibles en torno a la violencia —habitual u ocasional— en el ámbito familiar, afectivo o similar y más concretamente en torno a la violencia que sufre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Al respecto, debemos mencionar un revelador y exhaustivo estudio realizado por el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza sobre “El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia”, dirigido por *Calvo García*, en el que se ponen de manifiesto las siguientes conclusiones: 1) la violencia doméstica es ante todo un tipo de violencia que afecta a las relaciones de pareja; 2) la emergencia de malos tratos contra los ascendientes y otros familiares convivientes; y 3) la impunidad del maltrato infantil familiar¹². El estudio indicado permite también extraer algunas

indicada reforma se preveía que si el reo había sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión impuesta sólo podía ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. Tras la reforma operada por la LO 5/2010 se establece que dicha pena de prisión podrá ser sustituida sólo por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente.

¹¹ Véase sobre estas cuestiones mi trabajo titulado *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género, passim*.

¹² Véase CALVO GARCÍA, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, p. 57. En el *Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica* también se reconocía que la violencia doméstica tiene su objeto dentro del reducido círculo familiar y, en muchas ocasiones, en el aun más estrecho ámbito de la relación de pareja.

conclusiones en torno a la oportunidad de las reformas legislativas sucedidas en este ámbito¹³. Por una parte, una primera oleada de reformas penales y procesales penales pretendió cubrir algunas carencias del sistema jurídico penal como el elevado número de fallos absolutorios en los juicios de falta, que alentaba la impresión social generalizada sobre la ausencia de sanción en estos supuestos de violencia familiar en los que la víctima era una mujer y el agresor su pareja masculina. Junto a esta inadecuación e ineficiencia de los juicios de faltas, otras carencias del sistema jurídico penal se centraban en una excesiva demora en la respuesta jurídico penal y en una falta de efectividad de los mecanismos de protección¹⁴. Como se puede observar, el proceso inicial caracterizado por la agravación —de falta a delito— de los comportamientos punibles en torno a la violencia en el ámbito familiar, afectivo o similar y más concretamente en torno a la violencia que sufre la mujer en su relación de pareja con un hombre, no se fundamenta en un cambio de las concepciones ético-sociales que puede presentarse a lo largo del tiempo¹⁵, sino que responde a otro tipo de causas¹⁶ y ello ha conducido

¹³ Véase CALVO GARCÍA, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia, passim*. El concepto de violencia doméstica utilizado en este estudio abarca a las personas que se ven implicadas como autores o como víctimas entre las que existen vínculos parentales (padres e hijos, maridos y esposas) y las situaciones análogas; véase ob. cit. pp. 32 y 55.

¹⁴ Véase CALVO GARCÍA, «Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», pp. 17 y ss., 31. También apuntan estas causas ANTÓN GARCÍA/LARRAURI PIJOAN, «Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas», pp. 4 y ss.

¹⁵ No obstante, DEL ROSAL BLASCO, «La política criminal contra la violencia doméstica: ¿Alguien da más?», p. 327 se refiere expresamente a la regulación penal de la LO 1/2004 como «ejemplo muy ilustrativo de cómo ha cambiado el sistema de valores de la sociedad española en este lapso de tiempo, muy corto en términos históricos, pero que marca la que probablemente es transformación (política, económica, social, cultural, etc.) más grande de toda nuestra Historia». Véase, con carácter general, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG, I, Introducción*, 6ª ed., p. 17 quien señala la importancia de las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en un momento determinado, en la selección de bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal y especialmente en la determinación del ámbito de protección de estos bienes jurídicos.

¹⁶ Así, por ejemplo, *Laurenzo Copello* señala que «en términos de eficacia, de poco sirvió el incremento de la respuesta punitiva hacia el maltrato ocasional. Y lo cierto es que no podía ser de otra manera. Porque el problema de fondo no estaba en el tratamiento penal de las agresiones *leves* y esporádicas entre parientes, que por su escasa entidad nunca debieron salir del ámbito de las faltas. El problema residía en una defectuosa práctica judicial que, al identificar de modo casi automático la primera denuncia con el primer acto de violencia, acabó por calificar como simples faltas muchas situaciones

a cuestionar la proporcionalidad de las sanciones penales previstas para tales comportamientos¹⁷. Desde luego, dicho cuestionamiento no se habría planteado si se hubiera presentado, con carácter general, un cambio en las concepciones ético-sociales mencionadas anteriormente que fundamentara la transformación valorativa en delitos de las faltas de amenazas y coacciones leves en relación con cualquier persona, o de las faltas de lesiones en relación con cualquier persona, aunque sólo haya malos tratos o las lesiones no requieran más que una primera asistencia facultativa¹⁸. Por otra parte, otras reformas especialmente en torno a la violencia que sufre la mujer en su relación de pareja con un hombre han recurrido a una agravación de las sanciones penales, aunque también han tratado de afrontar un problema de raíces más complejas que desborda la simple intervención penal al dirigirse, al mismo tiempo, a erradicar esa violencia específica sobre la mujer a través de medidas educativas, publicitarias, de sensibilización, etc.¹⁹.

Como primera valoración de esta política criminal caracterizada por la ampliación o agravación, según los casos, de los comportamientos punibles en torno a la violencia —habitual u ocasional— en el ámbito familiar, afectivo o similar y más concretamente en torno a la violencia que sufre la mujer en su relación de pareja con un hombre, podemos afirmar con *Calvo García* que este tipo de huida hacia el sistema penal no es la solución más eficaz para mantener la seguridad ciudadana o evitar riesgos en los ámbitos que estamos mencionando, sino que deben ponerse en funcionamiento mecanismos y medidas que permitan actuar con anticipación para reducir las situaciones tendentes a generar “riesgos” sociales y los comportamientos a ellas asociados²⁰. Esta tarea, sin embargo, no le corresponde al Derecho

graves de violencia habitual que permanecían ocultas tras un aparente episodio aislado de maltrato. Lo que hacía falta entonces no era un incremento punitivo, sino una actuación decidida sobre los operadores jurídicos para modificar esa inercia jurisprudencial». Véase LAURENZO COPELLO, «Violencia de género y Derecho Penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo», p. 2101.

¹⁷ Así, por ejemplo, BOIX REIG, «Prólogo», p. 23.

¹⁸ Véanse MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, 18^a ed., p. 194; COMAS D'ARGEMIR «La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución», pp. 50 y 51.

¹⁹ Véanse CALVO GARCÍA, «Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», pp. 33 y 34; COMAS D'ARGEMIR «La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución», pp. 45 y ss.

²⁰ Véase CALVO GARCÍA, «Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», pp. 37 y 38, 52 y ss. También el *Informe del Consejo*

penal y si se la atribuimos corremos el riesgo, por un lado, de llegar a un estado de frustración tan pronto como se advierte que esta forma de delincuencia, como sucede con tantas otras, se resiste a desaparecer y, por otro lado, de atender demandas de incremento de la punición en una espiral que tiende a crecer ilimitadamente²¹.

En segundo lugar, las reformas penales planteadas en este ámbito plantean un interrogante cuya respuesta no resulta convincente: ¿qué razones se han esgrimido para fundamentar un endurecimiento de las penas en torno a los delitos de violencia —habitual u ocasional— en el ámbito familiar, afectivo o similar y de violencia de género? La orientación político criminal de las numerosas reformas introducidas en los últimos años en el Código penal se ha caracterizado por incrementar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general y de la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución)²². En relación con el endurecimien-

General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer señalaba que «debe tenerse en cuenta que hoy es reconocido que los mejores resultados en el control de la criminalidad no se obtienen incrementando el rigor de la respuesta al delito (penas más severas), ni mejorando el rendimiento y efectividad del sistema legal, sino a través de un acción positiva en el orden social, atacando las raíces del problema. Lo propio del Derecho penal es asumir una función de prevención secundaria, esto es, sólo interviene tardíamente ante las *manifestaciones* del problema, razón por la cual conviene insistir una vez más en la advertencia de que la opción del texto informado se basa fundamentalmente en la judicialización del problema de la violencia contra la mujer». Véanse asimismo MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, 18ª ed., p. 191; CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, pp. 49 y 51 quien señala que la LO 1/2004 se trata de un buen ejemplo para comprobar cómo la ley surge de una actitud ideológicamente muy definida, pero político-criminalmente ciega; CRUZ MÁRQUEZ, «Género y tipo de relación como fundamento del régimen de protección reforzada de la LO 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género», pp. 87 y 88 indica también que desde el ámbito criminológico se cuestiona especialmente la idoneidad del sistema punitivo tanto para reducir la prevalencia de este tipo de agresiones, como para disminuir su intensidad.

²¹ Véase en este sentido PEÑARANDA RAMOS, «¿Qué puede hacer el Derecho Penal contra la violencia de género?», pp. 5 y 6.

²² Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, I, Introducción*, 6ª ed., p. 166. Sin embargo, también es cierto que en las últimas reformas penales indicadas se ha apuntado una tendencia que no sólo se centra en la punición de esta clase de comportamientos, sino que abre una puerta hacia su prevención mediante la intervención a través de programas o tratamientos rehabilitadores en esta clase de delincuencia. En efecto, como hemos indicado anteriormente la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ha potenciado el tratamiento de los agresores de violencia de género sobre todo en el ámbito de la ejecución de la pena de prisión, en el ámbito de la suspensión y sustitución de la pena de prisión y de la libertad

to de la pena de prisión en los comportamientos relativos a la violencia —habitual u ocasional— en el ámbito familiar, afectivo o similar el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el Auto núm. 233/2004 de 7 de junio²³ acerca de la proporcionalidad de la pena de prisión prevista en el art. 153 del Código penal, según la reforma de la LO 11/2003, que establecía que «*El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza*».

Nuestro Tribunal Constitucional destaca que «la dimensión que el fenómeno social de la violencia domestica reviste actualmente en nuestro país ha obligado al legislador a reformar la legislación penal, al objeto de incluir y tipificar como delito, como se indica explícitamente en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, “todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido” por el tipo penal, de modo que no quedaran fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de conducta violenta en el ámbito doméstico. Tal respuesta penológica, como señala el Fiscal General del Estado, no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados por la norma, sino que persigue una mayor y más eficaz protección de los mismos ante la envergadura que en nuestra sociedad ha adquirido la violencia doméstica y la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante dicho fenómeno

condicional. Véase mi trabajo titulado *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género, passim*.

²³ Mediante el Auto indicado no se admitió la cuestión de inconstitucionalidad 458-2004 planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig en torno al artículo 153 del Código penal, redactado según la reforma operada por la LO 11/2003.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
PRÓLOGO.....	11
I. INTRODUCCIÓN	13
II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN SU RELACIÓN DE PAREJA CON UN HOMBRE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	31
III. LA RELACIÓN ENTRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA —HABITUAL U OCASIONAL— EN EL ÁMBITO FAMILIAR, AFECTIVO O SIMILAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	37
1. Caracteres de la evolución de la violencia —habitual u ocasional— en el ámbito familiar, afectivo o similar en el Código penal español	37
2. Caracteres de la violencia de género como violencia que sufre la mujer en una relación de pareja con un hombre	48
3. ¿La violencia de género y la violencia —habitual u ocasional— en el ámbito familiar, afectivo o similar en nuestro Código penal son dos conceptos autónomos?	53
IV. LA POLÉMICA DOCTRINAL EN TORNO A LA REGULACIÓN PENAL RELATIVA A LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN SU RELACIÓN DE PAREJA CON UN HOMBRE.....	63
1. Fundamentos materiales que explican la limitación de la autoría a la condición de ser hombre en las agravaciones correspondientes de los malos tratos, las lesiones (pero no todas), las amenazas leves y las coacciones leves, cuando la víctima “ <i>sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia</i> ”	66
1.1. Sobre la necesidad de introducir la perspectiva de género en las violencias ejercidas por un hombre sobre una mujer en las relaciones de pareja.....	66
1.2. Toma de postura: la relevancia del abuso de una posición dominante del hombre en su relación de pareja con una mujer y del	

móvil discriminatorio por pertenecer la víctima al “sexo femenino”	80
2. Necesidad de demostrar en cada caso el fundamento material que explica la limitación de la autoría a la condición de ser hombre en los delitos relativos a la violencia de género	92
3. Algunas consideraciones críticas en torno a la opción legislativa por la que se ha decantado el legislador	96
V. LA POLÉMICA EN LA JURISPRUDENCIA EN TORNO A LA REGULACIÓN PENAL RELATIVA A LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN SU RELACIÓN DE PAREJA CON UN HOMBRE	101
1. ¿Es constitucional la introducción de una discriminación negativa hacia el hombre en el ámbito penal?	103
1.1. Los argumentos acerca de la posible inconstitucionalidad de la regulación penal de la LO 1/2004	103
A. Vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución española	103
B. Vulneración del principio de presunción de inocencia contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución española y, en consecuencia, del principio de culpabilidad	104
C. Vulneración del derecho a la dignidad que como persona le asiste a la mujer y que constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social según el artículo 10.1 de la Constitución española	105
1.2. Los argumentos del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de la regulación penal de la LO 1/2004	105
A. No se vulnera el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución española	106
B. No se vulnera el principio de presunción de inocencia contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución española y, en consecuencia, tampoco se vulnera el principio de culpabilidad....	109
C. No se vulnera el derecho a la dignidad que como persona le asiste a la mujer y que constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social según el artículo 10.1 de la Constitución española	110
1.3. Valoración de los argumentos esgrimidos en torno a la constitucionalidad de la reforma penal operada por la LO 1/2004	111
2. ¿Cómo ha recogido nuestra jurisprudencia ordinaria la argumentación planteada por el Tribunal Constitucional? Otra vez, sobre la distinción entre la violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre y la violencia familiar, afectiva o similar	115
3. ¿Qué ha aportado en la discusión la jurisprudencia ordinaria acerca de la prueba del fundamento de la aplicación de los preceptos penales que suponen una manifestación de violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre?	121

3.1. Primera tesis: la violencia de género exige que en el sujeto activo concorra un particular elemento de dominio, subyugación o discriminación sobre la mujer por parte de su pareja hombre que debe probarse.....	122
3.2. Segunda tesis: ¿los delitos de violencia de género se aplican cuando un hombre realiza las respectivas conductas delictivas sin requerir la prueba de ningún elemento de dominio, subyugación o discriminación sobre la mujer por parte de su pareja masculina?.....	125
4. Breve estudio acerca de la aplicación por parte de nuestra jurisprudencia de otras infracciones penales constitutivas de violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre y de violencia en el ámbito familiar, afectivo o similar	127
4.1. Estudio acerca de la aplicación por parte de nuestra jurisprudencia de las agresiones leves que constituyen simples faltas (arts. 617 —lesiones leves o maltratos de obra— y 620 del Código penal —amenazas leves, coacciones leves, injurias leves o vejaciones injustas leves—)	128
4.2. Estudio acerca de la aplicación por parte de nuestra jurisprudencia de las agresiones leves entre los sujetos activo y pasivo del art. 173.2 que consistan en coacciones leves, amenazas sin armas u otros instrumentos peligrosos, injurias o vejaciones injustas calificadas como falta agravada a tenor del art. 620 <i>in fine</i> del Código penal	130
4.3. Estudio acerca de la aplicación por parte de nuestra jurisprudencia de las agresiones leves que consistan en malos tratos, lesiones y amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos calificadas como delito (arts. 153.2 y 171.5 del Código penal) entre los sujetos activo y pasivo del art. 173.2	134
4.4. Estudio acerca de la aplicación por parte de nuestra jurisprudencia de los artículos 153.4, 171.6 y 172.2 <i>in fine</i> del Código penal	135
5. Conclusión acerca de la aplicación por parte de nuestra jurisprudencia de los delitos de violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre y de violencia en el ámbito familiar.....	138
VI. LA REGULACIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN SU RELACIÓN DE PAREJA CON UN HOMBRE Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	143
VII. EPÍLOGO	159
VIII. BIBLIOGRAFÍA	165

